

研究ノート

法科大学院における行政法教育

湯川 二朗

本稿では、本学法務研究科（法科大学院）を開校するにあたり、私が本学で行ってきた行政法教育を振り返りつつ、行政法教育の目指すべき目標についての考えを整理しておくこととする。

1. 法科大学院における行政法教育の目指すもの

(1) 法科大学院の目指すもの

司法制度改革審議会意見書は、法科大学院を「司法試験という「点」のみによる選抜ではなく、法学教育、司法試験、司法修習を有機的に連携させた「プロセス」としての法曹養成制度を新たに整備すべきである。その中核を成すものとして、法曹養成に特化した教育を行うプロフェッショナル・スクールである法科大学院を設けるべきである。」と位置付けた。

そして、法科大学院では、「法曹として備えるべき資質・能力を育成するために、法理論教育を中心としつつ実務教育の導入部分をも併せて実施することとし、実務との架橋を強く意識した教育を行う。そのために必要な授業科目を開設し、体系的に教育課程を編成するものとする。」とされ、主な科目の例として「法律基本科目群」の一つに「公法系（憲法、行政法などの分野に関する科目）」が開設されることとされた。ここで「行政法」が法科大学院における「法律基本科目群」の一つに位置付けられた。

民法と民事訴訟法、刑法と刑事訴訟法というように、実体法にはそれに対応する訴訟法が不可分であり、憲法を学習するには憲法に関する訴訟法としての行政事件訴訟法の理解は不可欠であるのに、これまでの法曹養成

において行政法が必須とされなかったのは片手落ちである。

しかも、民事刑事の紛争であっても行政法の理解が不可欠であるのは、たとえば建築に関わる民事紛争を解決するためには行政法規としての建築基準法の理解が不可欠であることの一事をとっても明らかである⁽¹⁾。

このように法律実務家にとって行政法の理解は不可欠であるのに、これまで行政法の履修が必須とされてこなかったことの方がおかしかったのであり、法科大学院教育が始まる際に「行政法」が正当に位置づけられたことは喜ばしい限りであった。

(2) 法科大学院における行政法学習の到達目標

それでは、法科大学院において行政法学習の到達目標はどこに求められるべきか。

現代国家においては、国・地方公共団体・その他様々な行政主体が市民社会との関わりを持っている。必然的に、行政活動のあり方・結果について国民は関心を持たざるを得なくなり、行政と国民との間に紛争が発生する。しかも、国民にとっても、利益状況は一律ではなく、事業者と個人（生活者）とで利益は分かれるし、さらに事業者間・生活者間でも利害は分かれ対立する。道路ができて利便性を感じる者もいれば、道路騒音・振動による生活環境被害を訴える者もいる。

そのような行政活動に伴って生じる不特定多数当事者間の紛争をどのような手法を用いて解決するのか。交渉か、苦情申立か、行政不服審査か、

(1) たとえば、民法 234 条 1 項では、建物を築造するには境界線から 50 cm 以上の距離を保たなければならないが、建築基準法では防火地域内にある建築物で外壁が耐火構造のものについてはその外壁を隣地境界線に接して設けることができる（建築基準法 65 条）こととされており、建築基準法が民法の特別法として位置付けられている。そればかりか、銀行が融資にあたり、建築会社の担当者が顧客に対し融資を受けて顧客所有地に容積率の制限の上限に近い建物を建築した後にその敷地の一部売却により返済資金を調達する計画を提案した際に上記計画には建築基準法にかかわる問題があることを説明しなかった点に説明義務違反があり銀行の損害賠償責任が認められる余地があるとされた例もあり（最一小判平成 18 年 6 月 12 日集民 220 号 403 頁）、建築基準法が不法行為法の内容を構成するものと位置づけられることもある。

行政訴訟か、民事訴訟か、国家賠償か、それともその他の方法か。法律実務家は、紛争当事者から事情を聞き、いずれの手法がその紛争解決に最も適切かを判断しなければならない。そして、選択したその紛争解決方法を適切に遂行し、最終的にその紛争を解決しなければならない⁽²⁾

その過程で、様々な行政手続や訴訟手続が登場し、数多くの行政法規、条例、通達、さらには運用実例が現れるので、それらを切り分け、解釈・運用し、紛争を裁いていかなければならない。

しかも、行政法規の解釈のあり方（条文の読み方・解釈の仕方）は、民事法・刑事法の解釈とは異なる特色がある。それは、民事法・刑事法の解釈においては、民事法・刑事法の基礎理論が重視されるのに対して、行政法規の解釈では、基礎理論はほとんど関係なく、実定行政法規（政省令を含む）の条文と、法の仕組み（趣旨）⁽³⁾が重視される。行政法理論では、許可と特許は別物とされ、許可は本来の自由に対する一般的禁止の個別的解除であるから裁量は狭いのに対し、特許は特権ないし特別の能力の付与であるから裁量は広いとされるが、許可であろうが特許であろうが行政法規でどのように定めることも立法者の裁量に委ねられているし、特許に類する行為であっても、裁判所が法の仕組み解釈を通して密度の高い裁量審査を行うことも可能である⁽⁴⁾⁽⁵⁾。

また、行政法規の解釈でも、民事法同様、利益衡量が求められる。しかし、そこでの利益衡量は、公益や行政上の法律関係の安定の要請（それ自

(2) 諫早湾潮受け堤防の開門をめぐる訴訟は、まさに民事訴訟か当事者訴訟かの訴訟選択の重要性を示している。

(3) 個別行政法の定める法的仕組みを、法律、政令・省令・規則、委任条例等の下位法令、通達・要綱等の行政内部の準則、さらにはガイドラインや実務上のマニュアル類の全体を通して解釈する方法論を指す（橋本博之「行政法解釈の基礎——「仕組み」から解く」日本評論社、2013年、同「行政法研究双書25 行政判例と仕組み解釈」弘文堂、2009年）

(4) たとえば、櫻井敬子・橋本博之「行政法第5版」80頁（弘文堂、2016年）

(5) たとえば、海岸法37条の4の規定に基づく一般公共海岸区域の占用許可につき、法律上の明確な許可基準の定めはないのに、判断考慮要素に着目した密度の高い裁量統制を行い、裁量の逸脱濫用があって違法であると判断した最二小判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁

(6) 公益とは何かも難しい問題である。道路の利便性は、道路を利用する者の私益にすぎない

体が公益である）と国民の私的利益との衡量が求められる。

これらは、行政紛争に関わる法律実務家が日々直面している事柄であるが、民事・刑事の一般法律実務の学習だけでは培えないものであり、それを学ぶのが法科大学院における行政法教育である。

だから、法科大学院における行政法教育は、行政法総論や行政救済法を学ぶだけではなく、個別行政法規が問題となる具体的紛争事案において、適切な訴訟方法を選択し、行政法総論の理解を踏まえて行政法規の解釈を通して個別行政活動の適法違法を論じることができるようになることが求められている。

司法試験論述式試験問題（公法系第2問）は、このような法科大学院における行政法教育の効果測定のためとなっており、その問題はそのまま法律実務家が直面するような事案が出題されている。⁽⁷⁾そのため、教科書・基本書を読んで、行政法を一通り理解するだけでは司法試験問題を解答することはできない。行政法がとっつきにくいと言われるゆえんでもある。

ㄨ いが、それが不特定多数の国民・事業者の利益となると、公益となって、道路沿道者に対して道路騒音・振動の受忍を強いる根拠とされる。しかし、道路を利用する利便性は集合すると他者に道路騒音・振動の受忍を強いる根拠となるのに、道路沿道者が多数いても道路利用者よりも優先する公益として扱われない。これは甚だ不公平ではないか。「公益」設定の恣意性不公平性の改善方策を探ることが今後の課題である。

(7) 平成30年司法試験問題では、宗教法人と墓石販売業者の行う墓地開設に反対する周辺住民と、墓地について独自条例を有する地方自治体の三つ巴の紛争について、周辺住民の原告適格や条例の解釈問題が出題された。現実に各地で発生している紛争であり、その基本的処理能力を試そうとする点で良問であると評価されるが、しかし、資料も含めて7頁ある試験問題を読み、設問3問に2時間で解答するのは、やはり高度な理解と事務処理能力を要求されるのであって、司法試験問題としては難しいのではないか。そのために、法科大学院教育が司法試験対策に追われ、理論と実務の架橋を果たすという本来の目的を果たせなくなっている（平成30年日弁連法科大学院教員研究交流集会第1分科会での斎藤浩弁護士発言）。司法試験問題のあり方も検討されるべきである。

2. 法科大学院での行政法授業内容

(1) 本学における行政法教育の特色

私は、本学法務研究科において行政法の基礎的演習として開設されている「公法演習」科目（3年次春学期配当・法律基本科目）における行政法分野の授業、行政法プロパーの演習として開設されている「行政法演習」科目（3年次春学期配当・法律基本科目）、及び憲法・行政法の総合的演習科目である「公法総合演習」（3年次秋学期配当・法律基本科目）を担当してきた。

本学での授業の特色は、「公法演習」「公法総合演習」を憲法の教員と行政法の実務家教員である私との二人で授業を行ってきたことにある。それにより、憲法の授業であっても、必要に応じて行政法実務家教員が行政法実務の観点から補足をし、行政法の授業であっても、憲法の教員が憲法学の観点から補足をいただいた⁽⁸⁾。

(2) 本学における行政法演習教育内容

下記には、「公法演習」の授業内容を紹介する。これは、毎年の司法試験問題を検討しつつ本学での授業の経験を踏まえ、司法試験で問われている行政法に正答するためにこれだけは理解しておくべきだと考える内容として取りまとめたものであると同時に、法律実務家として行政事件を担当するにあたって理解しておくのが望ましいと考える内容である⁽⁹⁾。

(8) 授業中には「憲法は神々の学問であるのに対して行政法は下々の実定法規の解釈である。」「行政法の答案では憲法を持ち出してはいけない。」などと失礼なことを数々申し上げたが、中山茂樹教授はこやかに聞き流していただいた。行政法の立ち位置を理解するためには不可欠な指摘であるが、これも憲法と行政法の教員の二人で授業を担当していたからこそできたことである。とはいえ、憲法学の中山教授には失礼なことを多数申し上げたことを、本誌面を借りて深くお詫び申し上げたい。

(9) 弁護士向けには、日弁連ライブ実務研修「行政訴訟の実務を学ぶ」（平成29年12月19日）において、①根拠は何か法令か。②法令探しは総務省法令検索データベースと例規集。③不利益処分基準も審査基準もネットで検索。④法の趣旨と仕組み解釈。⑤行政訴訟は最後の手段。意外と使える行審法と処分等の求め。⑥処分性なければ当事者訴訟。⑦原告

記

1. 行政法で求められているもの（要約）

(1) 司法試験で問われているのは（弁護士として現実の行政紛争に取り組むときも）、具体的な行政紛争事案において、どの行政作用についてどのような訴訟類型を選択し得るのか、複数の訴訟類型が考えられるときにどの訴訟類型を選択するのが最も適切か、その訴訟の訴訟要件は何か、その訴訟でどのような主張をすべきか、それらの具体的なあてはめである。

(2) 違法事由の主張のポイント

- ① 条文を追えるか、法の趣旨が理解できているか、法の仕組み解釈ができるか。

司法試験では、初見の個別実定法規の個々の条文を目の前にして、行政法の基本原理、法の趣旨、関係法令を踏まえた法の仕組み解釈をすることが求められている。

取消訴訟の処分性、原告適格の問題も、個別行政法規の仕組み解釈の問題であること、とりわけ原告適格の問題は違法性の定型的判断の問題（法の仕組み解釈を通して保護規範を読み解くことが原告適格の問題であり、その保護規範違反が違法事由となる）ことが理解できているか。

- ② 羁束処分と裁量処分の区別と、それに応じた違法審査のあり方を理解しているか。

羁束処分と裁量処分の区別とは、要するに、羁束処分であれば、要件事実の充足の有無を裁判所が実体判断を代置して行うことができるが、裁量処分の場合は、行政庁の第一次的判断権の行使を前提として、行政庁の第一次的判断の過程を確定してそれを司法的にレビューして（裁量審査をして）違法であるかどうかを判断するものであることが理解できているか。

ㄨ 適格は違法事由。⑧裁量は判断過程を明らかにさせてこれ叩け。⑨本件事案の最も不当なポイントは何か。⑩行政法を理解し行政法を超えろ。の10か条にまとめてみた。

処分の基準となる「何らかの規範」が提示されたときに、その規範の法的性質（法規なのか、行政規則なのか）を踏まえて、その規範との適合性を処分の性質に照らして論じることができるか（法規であれば規範不適合はそのまま違法だと言えば足りるが、行政規則の場合は裁量の逸脱濫用問題を通して、その規範に適合しないことが、あるいは適合していたとしても、違法だと論証できるか。具体的には

- 1) 裁量の実体審査と判断過程審査の区別・違いが理解できているか
 - 2) 判断過程審査における裁量基準（裁量基準は行手法では審査基準、不利益処分基準として現れるが、法形式は通達であり、法的性質は行政規則であることが理解できているか）を適切に扱うことができるか
- ③ 手続違法と取消事由の関係が理解できているか

2. 処分性

(1) 処分の定義を説明してください。どうして処分をそのように定義するのか説明できますか。

- ① 行政判例ノート⁽¹⁰⁾5-1 事件（最判 S39.10.29）

事案（事実関係と訴訟物）と判旨を説明しなさい。

Xとしてはどのような訴訟を提起すべきであったと考えますか。

- ② 行政判例ノート 5-2 事件（最判 H7.11.7）

国民年金法 15 条、16 条、19 条、26 条、27 条を見たうえで、国民年金法は老齢基礎年金請求権の発生についてどのような仕組みをとっていますか。そのうえで、本件事案と判旨を説明しなさい。

(2) 処分性判定基準としての「公権力性」について説明できますか。また、これがどういう基準か、またどういうときに用いる基準か説明できますか。

(3) 都市計画法 29 条 1 項に基づく開発許可が処分性を有する理由を説明

(10) 橋本博之「行政判例ノート第3版」(弘文堂、2013年)

できますか。

(4) 開発許可申請の不許可が処分性を有する理由を説明できますか。

(5) 都市計画法 11 条に基づく都市計画施設（都市高速鉄道）を定める都市計画は処分だと考えますか。判例がこの処分性を否定する理由は何ですか。

(6) 都市計画法 59 条 1 項に基づく、都市高速鉄道小田急線の一部区間を連続立体交差化することを内容とする都市計画施設の整備に関する都市計画事業認可の処分性について説明できますか。

(7) 全国新幹線鉄道整備法 9 条 1 項に基づく、成田新幹線工事実施計画に対する国土交通大臣の認可の処分性（行政判例ノート 16-13 事件最判 S53.12.8 参照）について説明できますか。

(8) 土地区画整理事業計画の処分性について説明できますか。

① 行政判例ノート 16-14（最判 S41.2.23）が土地区画整理事業計画の処分性を否定した理由を説明できますか。

② 行政判例ノート 16-15（最判 H20.9.10）

1) 判例が土地区画整理事業計画の処分性を肯定した最も重要な理由は何か（計画にはどのような法的効力があると解しているか）。

2) 本判決は行政判例ノート 16-14 事件において処分性を否定した 3 つの理由に対してどのように判例変更の理由を述べているか。

3) 泉補足意見は法廷意見とどう違うのか。

4) 涌井意見が法廷意見と結論を同じくするのに、補足意見ではなく、意見として扱われている理由は何か。

5) 法廷意見と涌井意見の対立点（本判決の射程距離）を、藤田補足意見を参考にして考えなさい。

③ 土地区画整理組合が定める土地区画整理事業計画の処分性についてはどのように考えますか。

(9) 食品衛生法違反通知の処分性 行政判例ノート 16-5 事件（最判 H16.4.26）

① 反対意見が検疫所長の通知の処分性を否定する理由は何か。

- ② 法廷意見は反対意見の提起する問題点についてどのように答えていますか。
 - ③ 本判決は、通知にはどのような法的効力があると述べていますか。
- (10) 医療法の病床数削減勧告の処分性 行政判例ノート 16-7 事件（最判 H17.7.15）
- ① 本判決は医療法に基づく病院開設中止勧告の法的性質・効果について、医療法だけの枠組みの下ではどのようなものだと考えているか。
 - ② 本判決が勧告の処分性を認める理由は何か。本判決は、勧告に個別具体的な法的効力が認められることを理由として処分性を肯定していますか。「これ（勧告）に従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらす」という判示、また「（勧告に従わないと）實際上病院の開設自体を断念せざるを得ない」という判示は法的効果を認める趣旨だと考えますか。
 - ③ 勧告の処分性を認める他の説明の仕方は何か考えられますか。
 - ④ 仮に処分性が否定されて取消訴訟では争えないとしたとき、病院中止勧告に不服のある医療機関は、どのような訴訟を提起して救済を求めることが考えられますか。
 - ⑤ 本判決の事案と平成 17 年 10 月 25 日第三小法廷判決の事案の相違点は何ですか。
- (11) 横浜市保育所条例事件行政判例ノート 16-10（最判 H21.11.26）
- ① 条例制定行為の処分性が原則として否定される理由は何か。
 - ② 条例制定行為が例外的に処分性を認められるのはどのような場合か。
 - ③ 本判決が保育所条例制定行為の処分性を認めた理由は何か。
 - ④ 仮に条例の処分性が否定された場合、保育所で保育を受けていた児童・保護者はどのような訴訟を提起して救済を求めることができませんか。
 - ⑤ 本件紛争を有効適切に解決するには、取消訴訟とそれ以外の考えられる権利救済訴訟とでいずれが適切ですか。その理由は何か。

(12) 処分性まとめ

- ① 処分性の問題は実定法の解釈問題であることを理解できましたか。
実定法の解釈とは、関係法令、通達・運用事例までも踏まえた実定法の仕組み解釈であることが理解できましたか。
根拠法令の中での仕組み解釈をした例が土地区画整理事業計画決定事件、関係法令を踏まえた仕組み解釈をした例が医療法勧告水戸事件最判 H17.10.25、関係法令も通達も運用実態までも踏まえた仕組み解釈をした例が医療法勧告高岡事件最判 H17.7.15 であることが理解できましたか。
- ② 処分性の判断は、第一に、直接的具体的な法的地位の変動（権利の付与制限、義務の賦課）が認められるか（法的効果性の有無）という規範の問題であり、第二に、それが否定される場合に身体の自由・名誉・申請権が侵害されるかどうかという事実の問題であること（この第二段階が公権力性の問題）であることが理解できましたか。
- ③ 「公表」の処分性を肯定する見解、否定する見解について説明できますか。
- ④ 処分性の有無を判断するにあたって、「行政主体あるいは行政庁による行為であるから公権力性が認められる」という答案が誤りであることを説明できますか。
- ⑤ 処分性を肯定するにあたって、判例は「国民の権利利益の実効的救済の必要性があること」を理由とすることがあります（ex 土地区画事業計画事件（16-15 事件）、横浜市保育所条例事件（16-10 事件）が、処分性の論証に当たりその理由付けはどのように位置づけられますか。
- ⑥ 処分性の有無を判断するにあたって「紛争の成熟性」はどのように位置づけられますか。

3. 原告適格

(1) 行政判例ノート 17-11 事件（最判 H17.12.7 小田急事件）の判決全文（個別意見を含む）を読みなさい。その上で、次の設問に答えなさい。

- ① この判決主文はどういう内容でしたか。これは終局判決ですか。一部当事者の原告適格を認める判決を言い渡した後、この事件の取扱いはどうなりますか。
- ② この判決は原告適格の判断基準をどのように述べていますか。また、どのような枠組み（判断過程・検討過程）で原告適格を判断していますか。
- ③ 判決理由 4 (2) アの部分は何を論じているか。ここで都市計画に関する都市計画法の規定を検討しているのは何故か。
- ④ 同イの部分は何を論じているか。どういう理由（根拠）で、ここで公害対策基本法及び東京都環境影響評価条例（行政判例ノートには「東京都公害防止条例」と記載されているが誤記であるので注意。）について検討しているのだろうか。これらの法令は「根拠法令」として検討されていますか、それとも「関係法令」にあたりますか。
- ⑤ 同ウの部分は何を論じているか。都市計画法 66 条がここで引用されているのは何故か。どうして同条はアの部分で検討されなかったのだろうか。
- ⑥ 同エの部分は何を論じているか。
- ⑦ 同オの部分は何を論じているか。ここではどういう利益が都計法によって個別的具体的に保護されていると解されているか。「生活環境に係る被害」が独立の利益として保護されていると解されているか、それとも「健康又は生活環境に係る被害」という一つの保護法益として捉えられているのか。
- ⑧ 同カの部分は何を論じているか。ここで原告適格の有無の線引きの基準として都条例の「関係地域」が持ち出されているのは何故か。

(2) 行政判例ノート 17-12 事件（最判 H21.10.15 サテライト事件）

- ① 位置基準によって医療施設や文教施設の開設者に原告適格が認めら

れるとされた理由を説明しなさい（判例は、どのような利益を法が個別的具体的に保護する趣旨だと判示していますか）。また、どの範囲の開設者が原告適格を有すると判示されていますか。

- ② 位置基準によっても医療施設や文教施設の利用者の原告適格が認められないのはどうしてですか。
- ③ 周辺環境調和基準が周辺住民の利益を個別的具体的に保護する趣旨ではないと解されたのはどうしてですか。判例の立場では、周辺環境調和基準で原告適格が肯定されるためにはどのような規定が必要であると考えますか、それとも、どのような規定を置こうが原告適格が肯定される余地はないのでしょうか。
- ④ 小田急判決では「生活環境に係る被害」も個別的具体的利益として保護されるとされたのに、どうして本判決では「生活環境に係る被害」は保護されないとされたのでしょうか。本判決と小田急判決とはどのように整合的に解釈することができますか。

(3) 原告適格まとめ

まず、規範を定立する。「行訴法9条1項の取消を求めるにつき法律上の利益を有する者とは、当該処分により自己の権利もしくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいい、当該処分を定めた行政法規が不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合はこのような利益もここにいう法律上保護された利益にあたり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は当該処分の取消訴訟における原告適格を有する。」という枠組みをまず置き、次に、根拠法令・関係法令の趣旨目的の解釈をしたうえで、「根拠法令は〇〇の利益を個別的具体的に保護する趣旨であると解されるから、当該処分により直接的に〇〇の利益を侵害されるおそれのある者は原告適格を有する。」として原告適格を有する者の範囲を確定する（逆に言えば、原告適格を有する者の範囲を確定できないときは、判例上、原告適格は否定されるものと理解し

てよい。)

そして、個別的具体的事実関係の分析をして、規範に当てはめて、最後に、「Xは当該処分により直接的に〇〇の利益を侵害されるおそれがあるから、本件処分の取消訴訟の原告適格を有する。」とまとめる。

4. 狭義の訴えの利益

(1) 狭義の訴えの利益の定義、すなわち行訴法9条1項括弧書き「処分の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分の取消しによって回復すべき法律上の利益」とは何か、が理解できているか。一般に、「現実に回復すべき利益」を狭義の訴えの利益と定義するものが多いが、それでは訴えの利益の判断基準が不明確であることを意識できているか。

(2) 訴えの利益を検討する際に、まず考えるべきは、処分の効果とは何かを条文解釈を通して明確にすることであることが理解できているか。その際、処分の効果には、その処分本来の効果の他に、法律がその処分に与えた付随的效果があることが理解できているか。

(3) 処分の効果が失われたと判断されるとき、次に考察すべきが、「処分の取消しによってなお回復すべき法律上の利益があるかどうか。」であることが理解できているか。法律上の利益があるかどうかの判断基準は、原告の主張する利益が単に事実上の利益にとどまらず、法律的に、あるいは法の仕組み解釈を通して十分説明可能かどうかが問われていることを理解できているか。

(4) 今のところ司法試験で問われているのはここまでであるが、実務的には、事実上の利益であったとしても、原告の現実の救済、実質的権利保障のために「取消しを求める法律上の利益」が肯定されるべき場合があるのではないかが重要である。

(5) 建築基準法6条に基づく建築確認の取消しの訴え係属中に建物の建築工事が完了した場合、訴えの利益は失われるか。建築基準法の条文をみて、建築確認の法的効果を検討して答えなさい。

(6) 都市計画法 29 条 1 項に基づく開発許可の取消しの訴え係属中に開発工事が完了して工事完了済証が交付された場合、訴えの利益が失われない場合はあるか。開発許可の法的効果を丹念に検討して答えなさい（参照判例 H27.12.14 最一小判）。

(7) 道路交通法に基づく自動車運転免許停止処分取消しの訴え係属中に運転免許停止期間が満了した場合、訴えの利益は失われるか（参照条文 道路交通法 103 条、同法施行令 38 条 5 項 2 号、別表第三）。

(8) 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づくぱちんこ店の営業停止処分取消しの訴え係属中に営業停止期間が満了した場合、訴えの利益は失われるか（参照判例 H27.3.3 最三小判）。

(9) 特定商取引に関する法律 39 条 1 項に基づく業務停止命令取消しの訴え係属中に営業停止期間が満了した場合、訴えの利益は失われるか。

5. 当事者訴訟

(1) 形式的当事者訴訟

Y 市都市計画事業都市計画道路建設事業のために X 所有地が収用されることとなり、Z 県収用委員会から X 所有地を 1000 万円で収用する旨の収用裁決がなされた。X は都市計画事業のために収用されることにも不服があると同時に、損失補償額にも不服がある。どうしても収用されるといふのであれば、せめて 2000 万円は補償されるべきであると考えている。X は誰を被告にして、どのような訴訟を提起すべきか。土地収用法の条文を見て答えなさい。

(2) 実質的当事者訴訟

① 行政判例ノート 21-1 事件（最判平 17.9.14 在外邦人選挙権訴訟）について

1) 原告は何を請求しましたか（確認訴訟の部分に限る。）。

2) 最高裁判決はどのような法律関係について確認しましたか（判決主文）。

3) 判決が、他の法律関係については確認をせずに、主文掲記の法律

関係についてだけ確認した理由（確認の利益）はどういうことですか。

- ② 以下の判例は、どのような場合に確認の利益が認められると判示しましたか。

1) 長野勤評事件（自己評定義務不存在確認請求事件）最一小判 S47.11.30

2) 薬事法事件（薬剤師の薬局開設許可義務不存在確認請求事件）最大判 S41.7.20

3) 横川川事件（河川区域でないことの確認請求事件）最三小判 H1.7.4

- ③ 国歌斉唱義務不存在確認訴訟（最 1 小判 H24.2.9）の判決文全文を読んで以下の問いに答えなさい。

1) 判例は、国歌斉唱義務不存在確認の訴えには、どのような訴訟類型の訴えがあり、どのような場合にどの訴訟類型の訴えが適法であるとしたか。

2) 判例は、将来の不利益処分の予防を目的とする公法上の当事者訴訟としての確認の訴えの適法性につきどのように考えていますか。

3) 判例は、差止めの訴えと確認の訴えとの関係（予防的確認の訴え）につき、どのように理解していますか。

(3) 当事者訴訟の審理

当事者訴訟では、端的に権利義務の有無、すなわち権利義務の発生変更消滅をもたらす要件事実の充足の有無が審理の対象となるので、裁量の余地のある行政作用の当否が問題となっていたときであっても、審理は、裁量の逸脱濫用の有無をめぐって争われるのではなく、通常の民事訴訟のように、端的に要件事実の充足の有無をめぐって争われることになることが理解できているか。

したがって、平成 20 年司法試験問題のように介護保険法に基づく公表の差止めが問題となるときに、それに先立つ勧告に処分性を肯定すれば、公表の差止めを求める訴訟は抗告訴訟（勧告の取消しの訴え、又は公表の

差止めの訴え)となり、裁量の逸脱濫用を問題とすることとなるが、勧告の処分性を否定するときは当事者訴訟として公表の差止めを求めることになり、そこでは被保全権利となる人格権・業務遂行利益の侵害の有無とその必要性・相当性が問題となる。

これは、形式的当事者訴訟でも同じであって、収用裁決の補償額が「相当な価格」であるかどうかの審理は、収用委員会の判断に裁量の逸脱濫用があったかどうかではなく、裁判所が認める相当な価格が幾らであるのかをめぐって争われることになる。「土地収用法 133 条所定の損失補償に関する訴訟において、裁判所は、収用委員会の補償に関する認定判断に裁量権の逸脱濫用があるかどうかを審理判断するのではなく、裁決時点における正当な補償額を客観的に認定し裁決に定められた補償額が右認定額と異なるときは、これを違法とし、正当な補償額を確定すべきである。」(最三小判平成9年1月28日民集51巻1号147頁)。

このように抗告訴訟が当事者訴訟かは、単に訴訟形式の問題ではなく、訴訟物、審理方法の違いをももたらすことになる。そのことを十分に理解できているか。

6. 処分の違法性

(1) 裁量処分とは

1) 裁量処分(裁量の余地のある行政作用)とはどういうものを言いますか。

2) ある処分(行政作用)が裁量処分(裁量の余地のある行政作用)であるかどうかの基準は何ですか。

情報公開請求法に基づく情報公開請求に対する非公開処分は裁量処分ですか。

建築基準法に基づく建築確認は裁量処分ですか。

都市計画法に基づく開発許可処分は裁量処分ですか。

(2) 裁量処分が違法となるのはどのような場合ですか(裁量処分の適法性判断基準・裁量審査基準)。

(3) 重要判例

- ① 行政判例ノート 6-10 事件（林試の森事件 最判 H18.9.4）判決文全文を読んだ上で以下の設問に答えなさい。

- 1) 都市公園に係る都市計画事業認可処分の要件は何か。
- 2) 上記認可処分は裁量処分ですか。
- 3) 上記認可処分の違法判断基準は何か（どういう場合に違法だと判断されるか）。
- 4) 最高裁の判断過程（都市計画法の解釈を通してどのような考慮事項を抽出し、どのような場合に違法となると判断したか）について説明しなさい。
- 5) 原審の判断と最高裁の判断の分かれ目はどこにあったか（原審と最高裁とで違法判断の枠組みは同じですか）。

- ② 行政判例ノート 9-1 事件（小田急高架訴訟 最判 H18.11.2）判決文全文に目を通した上で、以下の設問に答えなさい。

- 1) 都市高速鉄道に係る都市計画事業認可処分の要件は何か。
- 2) 裁量処分としての上記認可処分の違法判断基準は何か。
- 3) 本件判決においてどのような考慮事項が抽出されていますか。その考慮事項が抽出されたのはどのような根拠・理由によるものですか。また、それらの考慮要素についてどのような検討が行われていますか。
- 4) 林試の森事件判決と比較して、司法審査の密度は同じであると考えますか。林試の森事件と小田急高架訴訟とで結論が分かれた理由はどこにあると考えるか。

(4) 違法性まとめ

- ① 実体的違法事由

- 1) 法令違反
- 2) 裁量処分か羁束処分か。裁量処分であれば裁量の逸脱濫用（行訴法 30 条）があること。裁量の逸脱濫用がある場合とは
・ 前提となる重要な事実の誤認があるとき

- ・社会通念上著しく妥当性を欠く（目的違反、動機違反、信義則違反、平等原則違反、比例原則違反、基本的人権侵害）とき
- ・判断過程が不合理（他事考慮、考慮すべき事項を考慮していない、重視すべきでない事項を不当に重視している）であるために社会通念上著しく妥当性を欠くとき

- ② 手続的違法事由 手続的違法は直ちに処分の取消事由となるか
法の仕組み解釈をして、手続保障を重視すべき場合であれば手続違反があれば処分の取消事由となるし、手続が処分の内容（結果）の適正を担保するための手段にすぎない場合であれば結果に影響するような手続き違反かどうかにより判断する。

重要判例 群馬中央バス事件最判 S50.5.29 行政判例ノート 12-3 事件

7. 取消判決の効力

行政判例ノート 19-5 事件（東京地決 S40.4.22）の全文を読んで以下の設問につき答えられるようにしなさい。

(1) 本決定が厚生省告示の処分性を肯定した理由を説明しなさい。また、この理由付けと、高根町給水条例事件最高裁判決 H18.7.14（行政判例ノート 16-9 事件）や横浜市保育所条例事件最高裁判決 H21.11.26（行政判例ノート 16-10 事件）との異同について述べなさい。

(2) 本件告示の処分性を否定した場合、申立人健康保険組合の救済のためにはどのような訴訟を提起することが考えられますか。それは本件紛争の解決に有効適切な方法だと考えられますか。

(3) 本決定は取消判決の第三者効（行訴法 32 条 1 項）についてどのような見解をとっていますか。本決定が第三者効につきそのように解する理由は何ですか。本決定の見解によると、本決定の効力は保険医療機関や被保険者にも及ぶものか。

(4) 本決定の取消判決の第三者効の理解と横浜市保育所条例事件最高裁判決や土地地区画整理事業計画 H20.9.10 判決（行政判例ノート 16-15 事件）

のそれとは同じか。

(5) 本決定が執行停止の要件である「重大な損害」（当時の条文では「回復の困難な損害」）を認めた理由は何か。

(6) 本決定が本件告示を違法と判断した理由（告示の要件・違法性判断基準とそのあてはめ）を説明しなさい。

(7) 群中バス事件最高裁判決（行政判例ノート 12-3 事件最判 S50.5.29）の違法判断基準と本決定のそれとの異同について説明しなさい。

8. 執行停止

(1) 執行停止の対象である「処分の効力」「処分の執行」「手続の続行」について、具体例を用いて説明できますか。

(2) 申請拒否処分の執行停止は申立の利益がないとされるのは何故ですか。申請拒否処分であっても例外的に執行停止の利益が認められるのはどういう場合ですか。

(3) 違法な課税処分がなされた場合において、それに基づき滞納処分（給料債権の差押え）がなされたとき、滞納処分の執行停止を求めるためにはどのような執行停止の申立をすべきですか。また、その場合において、今後滞納処分がなされることを避けるためにはどのような仮の救済の申立をすべきですか。

(4) 弁護士に対する違法な戒告処分がなされたとき、その公告を避けるためにはどのような仮の救済の申立をすべきですか。

(5) 執行停止の要件である「重大な損害」の定義を説明できますか。

(6) 退去強制令書に基づく強制送還・強制収容について「重大な損害」はどのように説明できますか。判例上、強制送還の執行停止は認容されるのに、強制収容の執行停止は認容されないのはどうしてですか。

(7) 判例上、収用裁決に基づく明渡執行の執行停止は認容されていますか。そこでは「重大な損害」はどのように考えられていますか。

9. 無効確認訴訟

- (1) 行訴法 36 条につき、一元説と二元説についてそれぞれの根拠を示してその違いを説明できますか。
- (2) 行訴法 36 条の「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができない」の要件について説明できますか。
- (3) 無効の要件（処分はどういう場合に無効となるか）について説明できますか。またそのように解する根拠は何ですか。
- (4) 無効確認判決について取消判決の第三者効の規定が準用されていないのは何故か説明できますか。

10. 義務付けの訴え

- (1) X は市の助成金支給要綱に基づく助成金の支給申請をしたが、市は申請に対する応答をしない。X はいかなる訴訟を提起すべきか。その場合の行訴法上の問題点及びあなたの見解を述べよ。
- (2) 老人福祉法 11 条 1 項 1 号に基づく養護老人ホームへの入所申請をしたが拒否された場合、いかなる訴訟を提起すべきか。
- (3) 外国人の在留特別許可の義務づけを求める訴えの行訴法上の問題点を論じなさい。
- (4) 義務付け判決について取消判決の第三者効の規定が準用されていないのは何故か説明できますか。また、その結果、どのような問題が生じますか。その問題に対してはどのように対応すべきですか。